الاجتهاد القضائي المدني : ☆ الإثنين 04 أفريل 2016. ☆

وظيفة القضاء في النظام القانوني :

من المسلم به أن مبدأ الفصل بين السلطات في الدول الحديثة يجعل سن القوانين من اختصاص السلطة التشريعية، ويجعل تطبيق هذه القوانين على الحالات الفردية من اختصاص السلطة القضائية، ويمنع المشرع من التدخل في أعمال القضاء، كما يمنع القاضي من مباشرة أعمال التشريع، ولذلك صار مقررا في القوانين الحديثة أنه لا يجوز للقاضي أن يصدر أحكاما بصفة عامة يبين فيها مثلا : ما يعتزم أن يحكم به في المستقبل في نوع معين من القضايا، بل الواجب عليه أن يجعل حكمه مقتصرا على الخصومة المطروحة عليه، ولا يكون لحكمه بأي حال أثر إلا بالنسبة لهذه الخصومة بالذات، فلا يحتج به على غير أطرافها ولا في غير موضوعه. ثم إن صدور حكم في معنى قانوني معين لا يقيد القاضي الذي أصدره بأن يقضي بهذا المعنى فيما يعرض عليه بعد ذلك من قضايا مماثلة، ومن باب أولى لا يقيد بذلك غيره من القضاة أو المحاكم ولو كانت أدنى منه درجة.

ونخلص من ذلك أن القاضي لا يصدر بأي حال قواعد قانونية تتوافر فيها صفة العموم، بل يقتصر على أن يطبق فيما يعرض عليه من وقائع خاصة القواعد القانونية العامة التي يجدها في مصادر القانون كما يحددها هذا القانون.

ولكن حكم المحكمة ولو أنه لا يقيدها ولا يقيد غيرها من المحاكم، ولا يلزم غير طرفي الدعوى التي فصلت فيها، فكثيرا ما يعتبر هذا الحكم سابقة تتبعها المحكمة ذاتها دون أن تكون ملزمة (بحيلها) بذلك، بل كثيرا ما تسترشد به المحاكم الأخرى في أحكامها، ولا سيما إذا كان الحكم صادرا من المحكمة العليا، فإذا اطرد القضاء على معنى معين نظر الناس إليه باعتباره المعنى القانوني المعمول به وأصبحت له قوة القانون في نظرهم.

01

ومما يساعد على ذلك سلطة محكمة النقض (المحكمة العليا في الدولة) في مراقبة صحة تطبيق القانون، فهذه المحكمة محكمة قانون لا محكمة وقائع، أي أنه ليس من وظيفتها إعادة النظر في الوقائع الثابتة بالأحكام المطعون فيها من حيث حقيقة وقوعها أو عدم وقوعها، بل تقتصر وظيفتها على التحقق من سلامة تطبيق القانون على تلك الوقائع الثابتة أو عدم سلامته، فإذا رفع إليها طعن في حكم بناء على أنه قد أخطأ في تطبيق القانون وأخطأ هذا التطبيق، فإذا أقرته رفضت الطعن، وإذا وجدته خطأ قبلت الطعن ونقضت الحكم وأحالت الدعوى إلى الجهة التي أصدرت الحكم أو إلى جهة من نفس درجة الجهة التي أصدرت الحكم المنقوض للحكم فيها من جديد.

وفي هذه الحالة تلزم التشريعات المحكمة المحال إليها أن تتبع الرأي الذي قالت به المحكمة العليا في المسألة التي قطعت فيها هذه المحكمة. وفي هذا الخصوص نجد المادة 374 (ق إ م إ د) تنص على: «تفصل جهة الإحالة من جديد في القضية من حيث الوقائع ومن حيث القانون باستثناء المسائل غير المشمولة بالنقض.

يجب على جهة الإحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا.

إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، يجوز لهذه الأخيرة، وبمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني البت في موضوع النزاع.

يجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث ~~القانون~~ الوقائع والقانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض.

ويكون قرارها هذا قابلاً للتنفيذ».

النتيجة: قرار المحكمة العليا في الدولة لا يعتبر مصدراً فوق القانون، وإنما القاضي يمكنه ألا يستجيب لمقتضيات ما جاءت به المحكمة دون أن يعتبر باطلاً بل يعتبر صحيحاً.

المحاضرة الثالثة: ☆ الإثنين 11 أفريل 2016 ☆

وفي نفس المعنى نجد الم 269 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري تشير إلى أنه: يتعين على المحكمة المحال إليها بعد النقض أن تتبع الرأي الذي قالت به المحكمة العليا في حيثيات حكمها وذلك في المسألة القانونية التي تم نقض الحكم من أجلها.

وبناءً على هذه السلطة المخولة للمحكمة العليا (جهة النقض) تستطيع أن تنقض كل حكم يطعن فيه لديها ويكون مخالفاً لوجهة نظرها بتطبيق القانون، ولذلك يجد القضاة أنفسهم مضطرين لأن يراعوا في أحكامهم وجهة نظر المحكمة العليا حتى لا تتعرض أحكامهم للنقض، وبذلك يتوحد اجتهاد القضاء في تفسير القانون وتطبيقه تحت إشراف الجهة القضائية العليا التي تختص بنقض الأحكام وهي المحكمة العليا أو محكمة النقض، ويحدث ذلك رغم ما يقرره القانون للقضاة من حرية تامة في تفسير القانون واستقلال كامل في تطبيقه وعدم التقيد بالأحكام السابقة.

وفي الوضع الفرنسي لا تتقيد المحكمة المحال إليها برأي محكمة النقض ولكنها إذا خالفته جاز الطعن بحكمها بطريق النقض وعندئذ تنظر محكمة النقض في هذا الطعن بدوائرها المجتمعة، فإذا قبلت الطعن ونقضت الحكم أحيلت القضية إلى محكمة أخرى لتفصل فيها وفقاً لرأي الدوائر المجتمعة ويلاحظ أن حكم الدوائر المجتمعة لا يلزم قانوناً إلا المحكمة التي تحال إليها القضية التي صدر فيها

هذا الحكم، ولكنه يكون له من الناحية العملية قوة معنوية كبيرة، تدفع المحاكم الأخرى إلى اتباع ما قضى به حتى لا تتعرض أحكامها للنقض.

مثال: عندك عقد البيع في القانون، وعندك عقد آخر يوجد نزاع عن نظرا إلى العناصر وتحللها والسبب في كل ذلك أن القاضي قد تعرض عليه حالات لا نص عليها فيتعين عليه فيها أن يستنبط الحل القانوني إما عن طريق القياس وإما باللجوء إلى المبادئ العامة للقانون واللجوء إلى الشريعة الإسلامية.

فإذا اطرد أخذ المحاكم بحل قانوني من هذا النوع شاع الاعتقاد باعتبارها قاعدة قانونية واجبة الاتباع، ومن أمثلة المسائل التي وضع فيها القضاء حلولا مستنبطة أدى استقرارها إلى الاعتقاد بها كقواعد قانونية نجد قاعدة حماية الملكية الأدبية والفنية قبل أن تهتدي القوانين إلى إقرارها، ونجد أن المحاكم قد تحول مضمون النص إلى عكسه بحجة إصلاح عيب فيه أو تعطيه معنى لا يحتمله مبررة ذلك بتغير الظروف.

لذلك كله ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أحكام المحاكم مصدرا رسميا للقانون، بل أن بعضهم ذهب إلى القول أن القضاء يحجب العرف كمصدر للقانون، بمعنى أنه يرى أن أحكام المحاكم وليس العرف هي مصدر القانون غير المكتوب وأن العرف لا يعتبر قانونا إلا لأن المحاكم طبقته.

ومهما كان اختلاف الآراء فإن واضع القانون الجزائري لم يعول القول إلى أن أحكام المحاكم لا تعتبر فيه مصدرا للقانون مادام النظام القضائي الجزائري لا يجعل السابقة القانونية ملزمة في المستقبل للمحكمة التي حكمت فيها ولا لغيرها من المحاكم، ولكن ينبغي القول أن أحكام المحاكم إذا اطردت بما يخالف نصا قانونيا فلا يمكن وصفها بأنها مقررة لما جاء به القانون، ولا بد من التسليم بأنها تنشئ القاعدة القانونية المخالفة للنص، غير أن هناك من يرى أن اطراد أحكام المحاكم على هذا النحو يكون نشوء العرف قضائي يعتبر هو المصدر الرسمي للقاعدة القانونية المخالفة للنص وذلك في الحدود التي يجوز فيها للعرف أن يخالف التشريع وفق بعض الآراء، ويجب أيضا النظر إلى الرأي الذي يعتبر أن مخالفة القانون مهما اطردت وتكررت لا يمكن أن تنشئ عرفا.

تمهيد:

الإجتهاد في إصطلاح الفقهاء هو بذل الجهد في استنباط الأحكام من أدلتها بالنظر المؤدي إليها.

والإجتهاد بالنسبة للقضاء يطلق على المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص.

وعليه فالإجتهاد القضائي يعني مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم، وبالمعنى الضيق الإجتهاد القضائي يطلق على بعض الأحكام التي تتعلق بمسألة قانونية ما.

هذا ويتعين على رجال القانون ككل أن يكون لهم الإطلاع على الإجتهاد القضائي بحيث أنه لا يتم لديهم الإدراك بالقانون الوضعي أو بالقاعدة القانونية التي تطبق على واقعة ما من دون الإلمام بالإجتهاد القضائي.

فالنص القانوني لا يكون له مفعول من الناحية العملية إلا من خلال تفسيره.

والأحكام التي جاء النص بها، كثيرا ما يكون نفس النص غير قاطع في الدلالة على الحكم، فيعمل المجتهد على الإستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها النص دون الخروج عليها.

ويلاحظ بأن التفسير القضائي قد يستخلص من النص القانوني شيئا آخر أو نتيجة أخرى غير التي كان يرمي إليها القانون، وأحيانا يكون عكس ما هو يراد من النص القانوني.

من المعلوم أن المشرع يحدد الإطار القانوني لمسألة ما، لكن المشرع لم يتصور عند إصداره للقانون النزاعات والمشاكل التي قد تثور عند تطبيق القانون، وفي ذلك على الإجتهاد القضائي أن يبحث عن الحل المناسب.

هذا وإن كانت النصوص القانونية تتميز بالوضوح في العبارة والفكرة، إذا يسهل تطبيقها على الوقائع، فهناك نصوص غامضة أو مبهمة وهي لا تساعد على التعامل

معها، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يجتهد ليتوصل إلى التطبيق السليم والأنجع للنص القانوني على وقائع الدعوى.

والإجتهاد يتفرع إلى حالات وهي كالآتي:

إجتهاد في دائرة النص الظني لترجيح بعض مفاهيمه دون الخروج عن دائرة مفاد النص.

وإجتهاد للتوصل إلى الحكم الشرعي الصحيح بتطبيق القواعد الكلية فيما يمكن أخذه من القواعد، دون أن يكون فيه نص خاص أو أظهره إجتهاد سابق ولا يمكن أخذ حكمه بالقياس.

وإجتهاد بالبحث إعتمادا على الوسائل التي وضعها المشرع للدلالة على حكمه، وهذا يكون بالنسبة لما لم يرد فيه أي نص، ولا يؤخذ من القواعد الكلية، ولم يصدر فيه حكم عن إجتهاد سابق.

ومن الطبيعي ألا يكون الإجتهاد على نحو واحد لاختلاف مسالكه ومناهجه، فالإختلاف نتيجة ضرورية لا بد منها ما دامت الأفكار والأفهام متفاوتة، وعليه الإختلاف الناشيء عن الإجتهاد هو أمر مألوف بين القضاة الذين يطبقون القوانين التي صيغت في مواد محدودة. فإنهم كثيرا ما يختلفون في فهم وتفسير وتطبيق بعض هذه المواد لعدم وضوح دلالتها على الأحكام مما يجعلها ظنية، فتكون محلا للإجتهاد.

الفرق بين الإجتهاد القضائي والعمل القضائي:

يعرف العمل القضائي بالعمل الذي يحسم مركزا خلافيا ناتجا عن تطبيق القانون في الحياة العملية، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير في نطاق إجراءات خاصة تكفل للأفراد ضمانات معينة.

والعمل القضائي ما هو إلا عملا من أعمال الوظيفة القضائية والتي يطلق عليها أعمال القضاء أو النشاط القضائي، وهذه الأعمال ما هي إلا طائفة من الأعمال للسلطة القضائية بجانب أعمال الإدارة القضائية.

ويجب أن تتوافر في العمل القضائي ثلاثة عناصر وهي:

وجود نزاع أو مركز خلاف يستدعي تدخل القاضي، وهيئة من الغير تحسم النزاع بمعنى هيئة ليست لها مصلحة في النزاع وهي مستقلة لا تخضع لأية سلطة إدارية، وهذا لمنع تدخل الغير في عملها وضمانا لحيادها، والإجراءات التي تحيط هذا العمل بما يكفل حماية للأفراد وتضمن لهم الدفاع عن حقوقهم وهي وسيلة لتحقيق القانون وضمان تطبيقه على الوجه الصحيح.

وأما الإجتهاد القضائي كما ورد تعريفه سابقا فهو أساسا المسلك الذي ينهجه القاضي في حكمه، بما يتعلق ذلك بنصوص القانون وكذا ما يتصل باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص.

المبحث الأول: محاولة لتحديد الإجتهاد القضائي ومفهومه:

يقوم الإجتهاد القضائي على شخص المجتهد وعلى الوسائل التي تستعمل في الإجتهاد القضائي.

أولا: عن شخص المجتهد:

القاضي المجتهد هو من يكون متمكنا من إستنباط الأحكام من أدلتها، وله بطبيعة الحال ملكة، فالذي له دراية بالأحكام من دون أن تكون له ملكة الإستنباط لا يسمى مجتهدا، وكذا الأمر بالنسبة لمن يقوم بتطبيق أحكام القانون على الحوادث أو الجزئيات دون أن تكون له مقدرة على إستنباطها من أدلتها لا يسمى مجتهدا.

ويصنف الفقهاء المجتهد إلى نوعين: مجتهد مطلق ومجتهد في حكم أو في بعض أحكام خاصة.

فالمجتهد المطلق هو الذي يكون عالما للنصوص القانونية العامة والخاصة منها، والتي قررتها التشريعات أو التقنينات، وأن يعرف القواعد المجمع عليها والمختلف فيها، وأن يعرف عللها ومسالكها وطرق إستفادتها من الأدلة، ووجوه دلالة الألفاظ

على المعاني، وكذا على المجتهد المطلق أن يكون متمكنا من اللغة القانونية بالقدر الذي يمكنه من فهم النصوص فهما صحيحا.

والمجتهد في مواد خاصة هو الذي يشترط فيه ما يشترط في المجتهد المطلق، غير أنه يتعين بالنسبة إليه أن يكون عالما بكل ما يتعلق بالمادة التي تخصص فيها دون ضرورة معرفة جميع النصوص.

ثانيا: مدى تطبيق النصوص من واقع الإجتهاد القضائي:

بصفة عامة فالقانون في المجتمع يهدف إلى غايات الجماعة منها السياسية والإقتصادية والإجتماعية، والتشريع يقوم بإنشاء القواعد القانونية المجردة: والقانون هو ضرورة حتمية تفرضها حاجة الحياة الإجتماعية إلى حد أدنى من الإستقرار العادل.

ومع ذلك فالوصول إلى هذا الإستقرار العادل لا يتحقق لا بمجرد وجود القواعد المنظمة لسلوك الأفراد ومراكزهم القانونية. وإنما يتوقف ذلك على مدى فعالية هذه القواعد وعلى ذلك فإن القانون إذ يحل مشكلة عدم فعاليته بواسطة القضاء، فإنه يسد ثغراته ويستعمل نفسه بنفسه. ولذا قيل: «أن القضاء ركن في قانونية النظام، وأنه لا قانون بلا قاضي» (1).

وهكذا فإن ولاية القضاء تعتبر هي الأساس في منشأ السلطة التي يتمتع بها القاضي في تطبيق القانون. فالقاضي في كل الحالات يقوم بإعطاء الفعالية للقاعدة القانونية التي اعترضها عارض. (ما بين الواقعة والحكم المجرد ← هناك غموض).

ومعنى ذلك أن النشاط الذي يقوم به القاضي من خلال إجتهاده يرمي ضمن ما يرمي إليه إزالة التجهيل الذي أحاط بالقاعدة القانونية.

وبالنسبة للنشاط الذي يقوم به القاضي، بما أنه يعتبر أداة يكون الإرتكاز إليها في تحديد فكرة السلطة القضائية، فإن الإجتهاد القضائي هو أمر أساسي، لأنه يساهم في الإستقرار العادل. ومن جهة أخرى فإن الحكم القضائي يعتبر بناء منطقيا، لأن المنطق يوجه العقل نحو البحث عن الحقيقة، والمنطق هو فن وهدفه صياغة الأفكار بشكل منظم بناء على المعرفة والخبرة.

والإستعانة بالمنطق في ميدان القانون بصفة عامة هو أمر ضروري، لأن دراسة ومعرفة القانون هو علم من العلوم، وعلى القاضي أن ينظر إلى القانون باعتباره بناء فكريا وليس مجرد قائمة تتضمن عرضا لبعض الأفكار.

وكما هو وارد عند الفيلسوف هنري برقسون Henri BERGSON (2)، فإن المنطق يتحلل إلى مراحل أربع وهي كما يلي:

الأفكار (les idées) ، الإستدلال (le raisonnement)،

الحكم (le jugement) ، الأسلوب أو المنهج (la méthode).

وفي المجال القانوني، ينبغي في الأول تقدير الوقائع ثم يأتي البحث عن القانون الذي يلائم حكمها، والبحث عن ملاءمة القانون للوقائع والسبب في ذلك يرجع إلى أن المفكر يحتاج في هذه المرحلة إلى التعميم، وهذا الأخير يفترض التجريد والمقارنة.

وفي ميدان تطبيق القانون، فالأفكار العامة تكون ضرورية لإنشاء المبادئ (les principes) وهذه المبادئ تكون الأفكار الأولية التي تستخدم كأداة لبداية الإستدلال القانوني.

إذا ما هو القصد بالمنطق القانوني؟

يقصد بالمنطق القانوني (la logique juridique) الوسيلة التي يطبق بها المنهج القانوني (la méthode juridique) على حالات معينة، والمنهج القانوني هو مجموعة الوسائل التي يتوصل بها القاضي إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المطروحة عليه والمعروضة أمامه. وفي ذلك عليه أن يستعين بمصادر القانون وأن يتقيد بإطار الأساليب الفنية المحددة والتي تتعلق هي الأخرى بمصادر القانون وتفسيره وتطبيقه.

ويتصل بالمنطق القانوني المنطق القضائي وهو يختص بتفسير القاعدة القانونية بتطبيقها بشكل عملي أي بمناسبة قضية معينة.

والمنطق القضائي (la logique judiciaire) ينصب على فحص الوقائع المختلفة وإختيار ما يكون منها ضروريا لإصدار الحكم، ثم تكييف نفس الوقائع من أجل تطبيق القانون عليها. وحتى يقوم القاضي بذلك فلا بد أن ينظر إلى الوقائع في مجملها ولا بد من تحليلها في عناصرها الأولية، ثم ينتقل في تفكيره إلى جمع العناصر المشتركة وإعادة تركيبها وبعده يختار النص الذي يتعين تطبيقه.

هذا وإن كان المنطق القانوني يؤدي إلى الإستدلال القانوني، فإن المنطق القضائي هو العمل الذي يقوم به القاضي وذلك بإستخلاص نتيجة معينة من الإطار العام الذي يشمل القاعدة القانونية ومن الإطار الخاص الذي يحتوي على مجموع الوقائع المطروحة على القاضي، بيد أن المنطق القانوني يعتمد على وسائل منطقية للوصول إلى الحكم (3).

ثالثا: ما يلتزم به القاضي في إطار الإجتهاد القضائي:

نشاط القاضي ينصب أساسا على حل النزاع وهو يتمتع بسلطة اختيار العمل الذهني الذي يقوم به من أجل الفصل في النزاع المطروح عليه، ولكن حريته تتقيد بمحل النشاط، سواء كان العمل يتمثل في الوقائع أو في القواعد القانونية.

تعامل القاضي مع وقائع النزاع:

بالنسبة لوقائع النزاع التي تعرض عليه من طرف الخصوم، يكون القاضي محايدا، على أن الخصوم أنفسهم هم الذين يطرحون من الوقائع ما يشاؤون ويستبعدون عن ساحة القضاء ما يريدون، وعليه لا يقدر القاضي أن يتجاوز هذا الإطار للوقائع للنزاع وإلا كان متجاوزا لسلطته (4).

وبالتالي فإن القاضي لا يؤسس حكمه إلا على وقائع مطروحة عليه، على أن طرح الوقائع وشكل ومضمون هذا الطرح هو راجع إلى الخصوم وحدهم. والطرح لوقائع النزاع من طرف الخصوم هو قائم على عنصرين وهما إدعاء الوقائع المتنازع عليها وإثبات نفس الوقائع.

فالإدعاء بالوقائع أمام القاضي يحدد مهمة هذا الأخير، وعليه فإن القاضي لا يستطيع أن يعدل من تلقاء نفسه موضوع الطلب القضائي أو سببه، ويجب أن يحكم في الإطار الذي حددته طلبات الخصوم.

ومن المعلوم فإنه لا يتعين على الخصوم أن يقوموا بوصف وقائع النزاع المعروضة من طرفهم على أن الوصف القانوني للوقائع هو تكييف قانوني لها، وهذا راجع إلى إجتهاد القاضي الذي يلتزم باحترام الأوصاف القانونية الصادرة من الخصوم وكما لا يعتبر ذلك تعديلا في الوقائع المتصلة بالنزاع من طرف القاضي، وهذا الأخير هو ملزم بإعطاء الوصف القانوني للوقائع المطروحة عليه، وذلك عن طريق التحليل لنفس الوقائع، ثم إنزال التكييف القانوني الملائم عليها.

وعن عنصر الإثبات للوقائع، فإن القاعدة هنا هي أنه يجب على القاضي أن يكون عقيدته إلا بناء على وسائل الإثبات التي تقدم له وفقا للقانون وطبقا للإجراءات المقررة لإقامة الدليل. كما يمنع على القاضي أن يكون عقيدته من خلال معلوماته الشخصية من الوقائع وإلا كان حكمه معيبا بعيب تجاوز السلطة (excés de pouvoir).

هذا وإن القاضي في مجال الوقائع وما يقوم به من جهد في تحقيق نفس الوقائع وإثباتها في اتصالها بالنزاع وأنها منتجة فيه، وإن كان يتمتع في كل ذلك بقدر معين من حرية التقدير، إلا أن هذه الحرية يرد عليها العديد من القيود.

فالقاضي هو مقيد بعدم القضاء بعلمه الشخصي، عندما يتعرض لفحص وقائع النزاع، فإنه يستند إلى المنهج العلمي وهذا المنهج يتكون من عنصر عقلي وعنصر مادي، وبناء على هذين العنصرين يفحص القاضي الوقائع ذات الدلالة، ثم يستخلص النتائج التي تترتب على تطابق القانون مع الوقائع، وبعد ذلك يتعين على القاضي أن يقتنع بثبوت نفس الوقائع وصحتها قبل تكييفها من أجل تطبيق القانون عليها، وكل هذه العمليات يجب أن تنعكس في أسباب الحكم القضائي.

موقف القاضي من تطبيق القانون.

إن القاضي فيما تبين يتمتع في مجال الوقائع بسلطة تقديرية، لكن هذه السلطة هي مقيدة، وكيف الأمر في مجال تطبيق القواعد القانونية؟ هل القاضي هو حر في تطبيق قاعدة قانونية ما أو أخرى وفقا لسلطته التقديرية؟

القاضي ملزم بتطبيق القانون، وفي حالة ما يطرح عليه نزاع فهو ملزم بإنزال حكم القانون عليه والذي يتصل موضوعيا بمعطيات النزاع المعروض عليه، هذا حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك.

وتطبيق القانون بالمعنى الواسع هو من إختصاص وسلطة القاضي وفقا لطبيعة وظيفته، وهذا يفترض فيه العلم والمعرفة بالقانون، والإلتزام بتطبيقه (5).

وهناك حالات قد يلجأ فيها القاضي إلى الإستعانة بخبراء من أجل تحديد بعض عناصر القانون الواجب تطبيقه، كأن يستعين مثلا برأي خبير لتحديد السرعة في حوادث المرور أو في حالة تأسيس مقدار التعويض عن نزع الملكية للعقارات.

كما أن القاضي هو ملزم زائد ما يتعلق بتطبيق القانون بتفسير النصوص ولا عبرة بالتفسيرات التي يقدمها له الخصوم، ما عدا التفسيرات التي قد تكون صحيحة وسليمة من الناحية القانونية.

وحتى الحالات التي يستعين فيها القاضي بالخبير لتفسير بعض عبارات القانون، فإن هذا الأسلوب من جانبه لا يخل بالقاعدة المعنية، لأنه بعد هذا التفسير من طرف الخبير، فإن هذا العمل ينسب إلى القاضي نفسه. وفي ذلك نصت المادة 54 من ق.إ.م على ما يلي:

«إذا رأى القاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، فله أن يتخذ الإجراءات اللازمة وله على الأخص أن يأمر باستكمال التحقيق أو أن يستدعي الخبير أمامه ليحصل منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية».

وفيما يتعلق بالقاعدة القانونية التي يتعين على القاضي تطبيقها وبإلزامه بعلم

بالقانون، فهناك آراء مختلفة في المسألة، فيرى البعض بأن المدعي لا يتمسك في إدعائه بقاعدة قانونية معينة، بل يسعى إلى الحصول على التأكيد القضائي والإعتراف له من طرف القاضي بحق شخصي ينشأ مباشرة من قاعدة قانونية. وهذا الرأي يخالف الواقع، إذ أن القاعدة القانونية يجب تطبيقها من القاضي تلقائيا، طالما وجدت الوقائع التي تؤدي إلى تطبيقها.

ويرى الطرف الآخر أن أمر علم القاضي بالقانون وإلزامه بتطبيقه هو قائم على طبيعة الوظيفة القضائية (6).

ومن جهة أخرى، فإن القاضي ليس ملزما فقط بتطبيق القانون، بل هو ملزم أيضا بتطبيق الوسائل القانونية البحتة (les moyens de droit) ، تلك الوسائل القانونية التي لا تستدعي البحث في مسائل واقعية (moyens de pur fait) لم يطرحها الخصوم.

وفي الواقع أن الخصوم عندما يعرضون إدعاءاتهم على القاضي، وذلك بتحديد موضوع نفس الإدعاءات واسبابها وإثبات كافة عناصرها، فإنهم بذلك يكونون قد خولوا للقاضي بطريقة ضمنية أن يبحث وأن يثير كافة المسائل القانونية الكفيلة بحل النزاع القائم بينهم.

ولا شك أن القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون وإنزاله على الوقائع المطروحة عليه، فهو يقوم بتطبيق عملية التكييف القانوني وهذه العملية هي عبارة عن مجموع العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المعروضة عليه بقاعدة قانونية يراها صالحة من وجهة نظره لحسم النزاع (7).

ويستنتج من الشروح السابقة أنه في مجال الوقائع، يقوم القاضي بعمل تقديري في بحثه فيما إذا كانت وقائع النزاع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها أم لا. لكن تقدير القاضي هو مقيد نوعا ما، وبما أن الوقائع طرحت على القاضي من جانب الخصوم، فهذا يقيد من حرية القاضي، وكون نفس الوقائع مستمدة من أوراق ووثائق ومستندات، فإن القانون قد أقام بشأنها قرائن قانونية تعفي من الإثبات.

وفي مجال التكييف القانوني، فهو عمل ذهني إرادي يقوم به القاضي، وقد يخطىء فيه وقد يصيب، ومعيار الخطأ والصواب يرجع إلى صحة أو فساد إجتهاد القاضي في نهاية الأمر، واستعمال القاضي لسلطته التقديرية. ومعنى ذلك أن عملية المقارنة التي يقوم بها القاضي وهو يتعامل مع التكييف القانوني للنزاع قد لا تكون صحيحة بناء على خطأ القاضي في عملية القياس القضائي. التي تتم بين الوقائع وبين القانون، وقد يقدر القاضي الوقائع بتفكير مغلوط وبالتالي يخطىء في تطبيق التكييف القانوني وعليه في تطبيق القانون.

والقاضي عندما يقدر الوقائع فهو يقدر مدى تطابقها مع القاعدة القانونية وفي الأخير يقدر أن أثرا معينا لقاعدة قانونية معينة هو الذي ينطبق على واقعة معينة متنازع فيها، وهكذا يتم الفصل في النزاع على نفس الواقعة نتيجة لتطبيق القانون.

والعمل الذي يقوم به القاضي في مجال القانون ليس عملا منشئا، فهو لا يخلق قاعدة قانونية، وحتى عندما يطبق مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي كما هو وارد في نص المادة الأولى والفقرة الأخيرة من القانون المدني، فهو يستلهم حل النزاع من مصادر أخرى غير المصادر للقانون المكتوب، وهو في هذا الصدد لا يمس بوقائع النزاع، ولا يدخل عليها أي تعديل أو إضافة، فالبنيان الواقعي للنزاع يبقى كما هو، أي كما عرضه وتم طرحه من الخصوم، لكن القاضي عندما يبحث عن حل للنزاع يتصور قاعدة قانونية تصلح للتطبيق على النزاع، وهو في بحثه يقوم باجتهاد، وبذلك يخلق قاعدة قانونية لها مفترض ولها حكم صالح للتطبيق على الوقائع المطروحة عليه. ولا يكون لهذه القاعدة أثر إلا بالنسبة للحالة التي وجدت نفس القاعدة لحكمها. وفي ذلك يقول جان بولانجي (Jean BOU LANGER) «أن القانون الوضعي مصدره وارد أكثر في الإجتهاد القضائي مما هو قائم على النصوص القانونية. وأصل هذا التأثير الصادر عن الإجتهاد القضائي راجع إلى الظاهرة القانونية التي تلاحظ على مستوى القوانين الوضعية وهي السابقة القضائية (le précédent judiciaire) وبما ان الحكم هو بمثابة تعبير عن رأي القاضي (manifestation d'opinion) وعندما تطرح عليه وقائع النزاع، فهو يبحث كأنه لنفسه، عن القاعدة القانونية التي يتعين تطبيقها على الوقائع» (8).

هذا وحتى إن وجدت القاعدة القانونية، فالقاضي ينطلق منها لإصدار حكمه والمصطلح باللاتنية (sentence) بمعنى قرار القاضي يعبر في الحقيقة على الرأي القانوني للقاضي بالنسبة للنزاع المعروض عليه، ولفظ (sentiz) هو مشتق من لفظ (sententiz) من اللاتنية بمعنى التعبير عن رأي ما.

فلفرض مثلا بأن النزاع هو مشابه لنزاع ما قد طرح سابقا على القاضي، ففي هذه الحالة القاضي يتمسك بالرأي الذي كان له في النزاع السابق، (السابقة لا تكون لها معنى إلا في حالة موقف نفس القاضي من موقف القضاة الآخرين فيما قرروه. ويكون من المعقول أن يكون القاضي حرا بالنسبة لما توصل إليه آخرون في حكمهم. لكن هذه الحرية هي ذهنية وهي تتصل بمبدأ إستمرارية وثبات القانون، على أن القضاة يحلون محل بعضهم بعض لكنهم هم كلهم في خدمة القاعدة القانونية والتي من صفتها الإستمرارية.

وعلى كل، فالإجتهاد القضائي في ظل التشريع المقنن يساهم في إثراء وتطوير القانون الوضعي.

المبحث الثاني: ما هي الأسس التي يقوم عليها الإجتهاد القضائي؟

ينبني الإجتهاد القضائي على ثلاثة أسس وهي أدوات الصياغة القانونية والتكييف القانوني والتفسير القضائي.

أولا: عن أدوات الصياغة القانونية:

(les instruments de la formulation juridique)

هذه الأدوات تكمن في القاعدة القانونية والمبادئ العامة للقانون والمفاهيم القانونية والنمط القانوني.

القاعدة القانونية (la règle juridique):

يقصد بها القاعدة العامة المجردة وهي العنصر الأولوي الذي يتكون منه القانون. هذا وإن القاعدة القانونية قد لا تتطابق ضروريا مع النص القانوني، على أن هذا

الأخير يشير فقط إلى الحكم القانوني المدون كتابة في شكل تشريع وأما القاعدة القانونية قد تكون مدونة في إطار نص قانوني، وقد تكون عرفية أو متصلة بقواعد العدالة أو بالقانون الطبيعي. والقاضي هو الذي يستخرجها من مصادرها غير المكتوبة ويطبقها على وقائع النزاع.

والقاعدة القانونية هي قائمة على عنصرين وهما فرضها وحكمها أو أثرها القانوني.

والفرض القانوني هو الظاهرة وإذا تحققت في الواقع وجب تطبيق الحكم.

وحسب العنصر الثاني أي الحكم، فإن القاعدة القانونية تشمل الحكم بمعنى الأثر القانوني الذي يوجب القانون تحقيقه.

المبادئ العامة للقانون:

(les principes généraux du droit)

فهي تعتبر شكلا ثانيا من أشكال الصياغة الفنية في المجال القانوني.

ويختلف المبدأ القانوني عن القاعدة القانونية في أنه لا يقدم حلا محددا للنزاع المطروح على القاضي، فهو مجرد فكرة عامة مشتركة بين مجموعة من قواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطق قانوني واحد وتتحد مصادر قواعده. والذي يميز المبادئ القانونية العامة في الواقع هو عموميتها.

ولكي يستخرج القاضي المبدأ العام محل الإعتبار، عليه أن يقوم بعملية تحليل مجموع القواعد القانونية المتعلقة بنظام قانوني معين وهذا من أجل استبعاد الخصوصيات المتعلقة بكل قاعدة وتفصيلاتها.

المفاهيم القانونية:

(les concepts juridiques)

القاضي له في حوزته أداة أخرى وهي ما تسمى بالمفاهيم القانونية. والمقصود بها التأصيل القانوني لمجموعة من القواعد القانونية والمبادئ القانونية العامة، وتهدف

المفاهيم القانونية إلى التبسيط عن طريق التأصيل.

النمط القانوني:

(le modèle juridique)

وللقاضي أداة أخرى تساعده على الإجتهاد القضائي وهي تتمثل في النمط القانوني ويقصد به النموذج مثل الشروط المقبولة كمعيار لطائفة من الأشخاص المرتبطين برابطة تعاقدية في عملية محددة مدنية أو تجارية.

ثانيا: الأساس الثاني للإجتهاد القضائي:

وهو يتمثل في التكييف القانوني (la qualification juridique) والتكييف القانوني بوجه عام هو إعطاء النزاع المعروض على القاضي الوصف القانوني الذي يسمح بتطبيق قاعدة قانونية معينة على النزاع، ويتم ذلك عن طريق مقارنة الوقائع بفرض القاعدة القانونية التي يراها القاضي محتملة التطبيق على النزاع المطروح عليه.

والقاضي عندما يمارس الإجتهاد، فإنه يمهد لإجراء التكييف القانوني والذي لا يمكن أن ينزله القاضي بطريقة فجائية على النزاع المعروض عليه، بل لا بد من إجراء لتهيئة النزاع من أجل إستقباله التكييف القانوني وهذا التحضير يتم من طرف القاضي عن طريق الإجتهاد وعلى القاضي أن يضع في إعتباره دائما قاعدة قانونية محتملة التطبيق على النزاع.

والتكييف القانوني هو في الحقيقة عمل ذهني يتوصل به القاضي إلى تطبيق القانون على وقائع النزاع.[1]

ثالثا: التفسير القضائي كأساس آخر لممارسة الإجتهاد القضائي:

(l'interprétation judiciaire)

يعد التفسير القضائي عنصرا جوهريا في تطبيق القانون وهو ضروري لتطبيق القاعدة القانونية على واقع النزاع المنشور أمام القاضي.

والتفسير القضائي هو على شكلين: فحسب شكل من الشكلين، التفسير

ينصب على توضيح معاني الألفاظ في حالة غموضها وكذلك يتصل التفسير القضائي بإصلاح العيوب في النص إن وجدت، كذا يتمسك بالتفسير القضائي في حالة إزالة التناقض أو التعارض بين النصوص القانونية، وأحيانا يرمي التفسير القضائي إلى إكمال النقص الوارد في التشريع.

في الواقع أن هناك فروض لم تواجهها القاعدة القانونية وبالتالي فالإجتهاد القضائي قد يسد الفراغ في القواعد القانونية لمواجهة ما تظهره الحياة بصفة عامة من فروض ووقائع.

ومن الفقهاء من يرى بأن التفسير هو عملية ذهنية وعلمية للكشف عن المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية للحكم في الحالات الواقعية.

وما هو المقصود من التفسير القضائي؟

في الأصل فالنص القانوني يكون واضح الدلالة على المراد منه ولا يحتمل الدلالة على غيره ولا يحتاج القاضي إلى الإجتهاد في البحث عما يراد من النص لأن الشارع بين بوضوح العبارة ما هو يقصد وما يريده من خلال إصدار النص. لكن هناك نصوص قانونية تتميز بالخفاء والغموض، فيتعين على من يطبقها السعي في إزالة الخفاء والغموض الذي يكتسيها، وإذا كان النص محتملا لأكثر من معنى وقد يتعين ترجيح أحد المعاني وتعيين المرادا منه.

والتفسير القضائي هو عملية لازمة وضرورية من أجل تطبيق القانون تطبيقا سليما وعادلا. يضطر القاضي إلى تفسير القانون وإنزال حكم القانون على واقع النزاع المنشور أمامه ووظيفته تقتضي ذلك. ويقوم القاضي بالتفسير من تلقاء نفسه وحتى ولو لم يطلب منه الخصوم ذلك.

والتفسير القضائي هو وسيلة وليس بغاية، ومن خلاله يؤدي القاضي واجبه في القضاء، بحيث أن القاضي في حالة ما لا توجد لديه قاعدة قانونية تنطبق على واقع النزاع، فإنه يجتهد ويبتدع حلولا وهذه الحلول قد تنطوي على خلق قواعد قانونية جديدة. ويلتزم القاضي بذلك حتى لا يهتم بارتكابه جريمة إنكار العدالة (déni de justice).

ونظرا لأهمية عملية التفسير القضائي، فإن بعض الفقهاء يرون بأن هذه العملية التي يقوم بها القاضي بما فيها الخلق والإنشاء، تجعل القضاء مصدرا رسميا للقانون فيما. يطلق على هذا المصدر بالفرنسية مصطلح (jurisprudence) بمعنى الحل المقترح من جانب مجموعة من أحكام قضائية متطابقة في مسألة قانونية ما.

المبحث الثالث: المنهجية التي يسلكها القاضي لحل النزاع:

الشروح السابقة تعرضت إلى مفهوم وتحديد الإجتهاد القضائي. والآن يتعين بيان كيفية تعامل القاضي مع الأسس التي يقوم عليها الإجتهاد القضائي.

أولا: ما يتعين على القاضي إستبعاده في إجتهاده:

كما تمت الإشارة إليه، فعلى القاضي أن يلتزم بإحترام القانون، وتحقيق العدالة من جهة، ومن جهة أخرى فهو مقيد بنطاق الخصومة (immutabilité du litige) بحيث لا يمكنه أن يتجاوزه ولا هو يقضي إستنادا إلى علمه الشخصي أو بناء على دليل أو وقائع خارج نطاق الخصومة.

ثانيا: عمل القاضي في إطار إجتهاده:

من الناحية العملية، فإن القاضي يستطيع من خلال النظرة الأولى للنزاع أن يدرك السير الضروري والطريقة الواجب اتباعها وهذا يتمكن به القاضي نظرا لتكوينه القانوني وممارسته للوظيفة القضائية.

فعليه أن يلم بالواقعة المعروضة عليه، وأن يتعرف على حدود طلبات الخصوم وجدية الدفوع وحقيقة الحق المتنازع فيه باعتباره النقطة الأساسية في القضية. ثم يتفحص ويتفهم وسائل الإثبات والأدلة، ومن بعده ينظر إلى السبب الذي يقوم عليه الطلب القضائي. وهذا لأن الفصل يكون من استيحائه قبل أن يصدره في شكل حكم.

ويستوحي القاضي العدالة في كل قضية، وهذا لا يعني أن العدالة هي من الطرق التي يتبعها القاضي في البحث عن حل النزاع وإنما تضفي العدالة ظلالها

على كل طريقة من الطرق التي يتبعها القاضي.

وينبغي على القاضي أن لا يتمسك بحلول مسبقة وبنزاعات متشابهة وأن لا يتمسك بحلول مسبقة، بل يتعين عليه ان يفحص كل قضية على حدة، فقد يكون فيها من الوقائع العملية أو من ظروف ما يجعل القاضي يحكم بغير الحكم الصادر في قضية أخرى متماثلة معها ماديا والوقوف عند حرفية النص للقانون قد يبعد القاضي عن العدالة.

وهكذا يبت القاضي في النزاع بعد تكوين إقتناعه وإحساسه بالحل المفروض اتباعه، ثم يصيغ الأسباب القانونية لنفس الحل من بعد.

وعلى كل، فعلى القاضي أن يتبع منهجية خاصة عند البحث عن حل النزاع، ذلك بالإعتماد على وسائل منطقية للفهم والإدراك للنزاع بالرجوع إلى أسس قانونية ومنطقية وإلى الفن القانوني (la technique juridique) بما قد يتضمنه من معايير وضوابط قانونية وكما سبق الحديث فهو يستعين بالوسائل القانونية والإستدلالية.

ثالثا: تحديد المنهجية التي يسلكها القاضي في إطار الإجتهاد القضائي

يلزم القاضي بوضع نظاما للتصور والإدراك للوقائع لكي يبحث عن معطيات القضية التي تعرض عليه.

ويقوم القاضي بتكييف مبدئي للنزاع عند طرحه عليه، ويتصور نظاما معينا لاستكمال ملف القضية، كما أنه يتحقق فيما أن الحل الذي تصوره للقضية لم يكن متناقضا مع حكم سابق في قضية متشابهة.

وهذا النظام هو بمثابة المنهجية التي يتبعها القاضي عند فحص القضية، وفي ذلك يقول لويز ماري دي كورمنين (Louis-Marie de CORMENIN) : «الطريقة التي يلجأ إليها القاضي تتقيد بالقضية ذاتها فيما تثيره من بديهيات ومسلمات ومدى إرتباطها بالنتائج القضائية التي تتصل بها، والتنويه بها في الأحكام وتبريرها، وتقترب هذه الطريقة من منهج العلوم الرياضية، حيث تتعلق

بالقاعدة والبرهان، وهذه الطريقة لا يختص بها قضاء معين وإنما تطبق في جميع المواد...» (9).

وأخيرا ينتهي عمل القاضي إلى مرحلة بناء حكمه، وهذه المرحلة تتم بعد تكوين اقتناع القاضي الشخصي بكل معطيات القضية من الوقائع والقانون.

ويعتبر الحكم القضائي ثمرة لمجموع من الجهد يقوم به القاضي، والحكم الذي يصدره، مع أنه يضع حدا للنزاع، فإنه يعتبر عنوانا للحقيقة القانونية بما يتضمنه من تحديد للعدالة والقانون.

رابعا: استعمال القاضي عند إجتهاده إلى وسائل:

يلجأ القاضي عندما يقوم بالفصل في النزاع إلى بعض الوسائل منها ما هي قانونية وفنية ومنها ما هي منطقية.

الوسائل القانونية والفنية (les techniques juridiques)

بعدما يتوصل القاضي في البداية إلى فهم وتصوره لموضوع النزاع، يتجه إلى إستعمال وسائل قانونية وفنية، ويساعده في ذلك تكوينه القانوني. ويرى ر.بيرو (R.PERROT) : «بأن قيمة الوسائل القانونية والفنية تستمد من حقيقتها الشكلية وجمودها».

وهذه الوسائل تتمثل في الشكلية والمعايير القضائية.

أ - الشكلية (le formalisme): فهي تلعب دورا هاما في مجال الإجراءات.

ومثال ذلك في حالة عدم توافر شرط صفة أو شرط المصلحة في رفع الدعوى، فإن على القاضي أن يكتفي بالحكم بعدم قبول الدعوى في الشكل دون التعرض إلى الموضوع.

ب - المعايير القضائية (les critères judiciaires):

هذه المعايير يستعملها القاضي حسب تقديره وحسن تفكيره عند فحصه للوقائع

والأدلة من أجل الوصول إلى حل النزاع.

الوسائل المنطقية (les moyens logiques):

عادة يعرض النزاع على القاضي في شكل معقد، بحيث يتعين عليه أن يعمل جهده للوصول إلى الوسيلة الإستدلالية وإدخال الوقائع في الحقيقة القانونية حتى يتوصل إلى الحل، والحقيقة القانونية هي حقيقة علمية تستمد من التجربة.

ويستعمل القاضي في فصله للنزاع من الوسائل المنطقية، الإستدلال بالمشابهة أو الإستدلال بالمخالفة أو التحاليل.

أ – الإستدلال بالمشابهة (le raisonnement par analogie)

التشابه يفترض أن بين قاعدة سابقة وقاعدة مستنتجة وجود سبب مشترك، والقاضي عند بحثه عن القاعدة التي تطبق على ما يعرض عليه من وقائع، ينظر في تشابه السبب القانوني (la cause juridique) للوقائع الأخرى، فإذا تماثلت أسبابها أعطاها حكمها.

ب – الإستدلال بالمخالفة (le raisonnement à contrario):

الإستدلال بالمخالفة يقوم على تغيير الرابطة بين القضايا الكلية دون المس بالموضوع، وهذه الوسيلة تفرض في الحالات التي تكون فيها القاعدة الأساسية كشذوذ أو إستثناء للقانون الشائع، بحيث تبدو على خلاف الظاهر.

ملاحظة:

من المعلوم أن القاضي هو الذي يشرف على سير الخصومة وهو الذي يقودها إلى النتيجة النهائية، وعليه فاختياره لأية من الطريقتين للإستدلال يرجع إلى مدى إتفاق الوقائع لكل نزاع والقانون الشائع، فيلجأ القاضي إلى الإستدلال بالمشابهة إذا كانت الوقائع للنزاع تتفق مع القانون الشائع. وإن كانت الوقائع تشذ عن القانون الشائع فيعتمد القاضي على الإستدلال بالمخالفة.

ج – التحليل (l'analyse):

قد يستعمل القاضي أسلوب التحليل، فيحلل المقدمات سواء من الوقائع أو من القانون.

وتعتبر هذه الطريقة ذات فائدة هامة، لأن القاضي يسعى في تحليله للوقائع إلى إظهار العناصر الإجمالية التي تفرضها القضية، ثم يميز ويفصل بين معطيات النزاع الخاصة.

المبحث الرابع: مدى ممارسة الإجتهاد القضائي في نطاق فروع القانون وخلاصة القانون الخاص:

أولا: في القانون المدني:

إن القاضي مطالب بممارسة اجتهاده في كافة النظم القانونية التي نظمها القانون المدني، فهو يعتمد على إجتهاده في نطاق نظرية الإلتزام والعقد بأكملها من حيث نشوء الإلتزام وتقدير توافر أركان العقد وشروط صحته، والبحث في عوارض تنفيذ العقد، وفي تقدير المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام التعاقدي في جميع عناصره.

وفي مجال المسؤولية التقصيرية، يقوم القاضي باجتهاد عندما ينظر في قيام أركانها ويستخلص كل النتائج المترتبة عليها، وذلك فيما يتعلق بالخطأ والضرر والعلاقة السببية وتقدير التعويض المستحق.

وفي نطاق الإثبات، فالقاضي له دور في تقدير الأدلة المقدمة والبت في حجيتها.

وعلى كل، فإن عماد تطبيق القانون المدني في جميع المجالات يرجع أساسا إلى إجتهاد القاضي.

ويكون الأمر كذلك في مجالات القانون التجاري وقانون العمل والقانون البحري وغيرها من فروع القانون الخاص.

ثانيا: في قانون الأسرة:

القاضي له دور هام في نطاق قانون الأسرة والذي يتطلب إجتهادا دائما.

فعند انعقاد الزواج، هو الذي يتدخل إذا منع الولي من في ولايته من الزواج إذا رغبت المرأة فيه وكان أصلح لها (مادة 12) ويكون الأمر للقاضي في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين (مادة 17). وفي ميدان انحلال الواسطة الزوجية، فإن حل النزاعات يترتب على اجتهاد القاضي وخاصة عندما يتعامل مع حكم المادة 52 . كما للقاضي أن يجتهد في حالة ما تطلب الزوجة التطليق بناء على الأسباب الواردة في نص المادة 53 وكذلك في المادة 54 .

ويمارس القاضي اجتهاده في قضايا الحضانة والنفقة.

وهناك ميادين أخرى من قانون الأسرة تستلزم إجتهاد القاضي.

ثالثا: في قانون الإجراءات المدنية:

إن قانون الإجراءات المدنية يتميز بوصفه الشكلي والإجرائي، على أن المشرع قد حدد الأشكال والإجراءات ورتب عليها آثارا محددة. ومن ثمة قد لا يكون للأفراد أية سلطة عليها من حيث اتباعها وتوليد آثارها، لكن العمل الذي يقوم به القاضي في مجال قانون الإجراءات المدنية هو عمل خلاق، بحيث أن اجتهاده يسعى في الأخير إلى منح الحماية القضائية التي يدونها تكون القاعدة القانونية بلا فعالية ومن غير إشباع مصالح الخصوم.

ملاحظة:

ويكون الأمر كذلك في مجال قانون الإجراءات الجزائية.

رابعا: في قانون العقوبات:

في نطاق قانون العقوبات، ينصب اجتهاد القاضي على تكوين عقيدته من خلال مما يطرح عليه من وقائع وأدلة وما يقوم به من عملية تحليل وفيما ينتهي إليه

من تطبيق النص القانوني الذي يراه صالحا للأعمال على وقائع النزاع.

خامسا: في القانون الإداري:

من المعلوم لم يجد في النظام القانوني الجزائري تقنين خاص بالقانون الإداري حيث تجمع فيه كل أحكام القانون الإداري العامة والخاصة منها، فيكون العبء على القاضي الإداري أن يبحث من خلال إجتهاده على الحل المناسب للقاعدة القانونية في المنازعات الإدارية المختلفة وحسب نوعية الطعون التي تعرض عليه.

وفي ذلك، فإن الطريقة المتبعة تتم بنوع من التجريد وتؤدي بالقاضي إلى أن يبحث عن مبادئ عامة كبناء لنظام ذا محمول عام، ثم يعمل على إنزاله على القضايا.

الهوامش:

---

(1) M.P. FABREGUETTES: La logique judiciaire, 1926, L'art de juger

(2) Henri BERGSON: L'évolution créatrice

(3) ثروت أنيس الأسيوطي: المنهج العلمي القانوني، مجلة مصر المعاصر، عدد 336، أبريل سنة 1969 .

(4) ANDRE: Du principe de la neutralité du juge, Thèse, Paris, 1938.

S.TANAGHO: De l'obligation judiciaire, Thèse, Paris, 1964.

(5) GENY: Méthode d'interprétation et sources en droit positif 1919

(6) J.NORMMAND: Le juge et le litige, Thèse, Lille, 1965.

(7) F.TERRE: L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse, Paris, 1956.

(8) J.BOULANGER: Encyclopédie Dalloz, T.3, Vo Jurisprudence.

(9) Louis-Marie de CORMENIN: Questions de droit, Paris, 1837.